

## REFLEXIONES EN TORNO A LA LO 2/2020 PARA LA ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INCAPACITADAS JUDICIALMENTE<sup>35</sup>

**Celia Prados García**

Licenciada en Derecho y Máster en Estudios Migratorios.  
Profesora Ayudante Doctora  
Universidad de Córdoba

### RESUMEN

España ratificó en 2007 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Desde entonces ha ido armonizando su legislación interna a los postulados del tratado, dando muestra de la superación de la dimensión terapéutica o médico-rehabilitadora característica de la normativa anterior, y de la evolución hacia un nuevo paradigma del tratamiento jurídico de la discapacidad. En este contexto, se ha promulgado la LO 2/2020, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Para proceder a su estudio, analizaremos los artículos 12 y 23 de la CDPD, que reconocen la plena capacidad jurídica y el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad. Sin embargo, la realidad extrajurídica nos muestra que, pese a la ratificación de la CDPD, en España se ha seguido practicando la denominada esterilización forzada o no consentida a personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Dicha práctica se ha venido permitiendo en base al artículo 156 del Código Penal que establecía que no sería “punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento”.

Con esta propuesta se pretende reflexionar sobre la LO 2/2020 que persigue la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad, a través de la derogación del artículo 156.2 CP y de una adecuada reforma de la legislación civil en materia de capacidad y consentimiento informado o por representación.

---

<sup>35</sup>Este trabajo se integra en el marco del proyecto GEN-DER. GENERANDO UNA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO EN CLAVE DE IGUALDAD DE GÉNERO (RTI2018-093642-A-100). Financiado por el Ministerio de Educación y Cultura y Deporte.

## ERRADICACIÓN DE LA ESTERILIZACIÓN FORZADA O NO CONSENTIDA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El pasado 18 de diciembre de 2020 entró en vigor la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente<sup>36</sup>. La norma deroga el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>37</sup>, que permitía la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Dicha actuación podía tener cabida siempre que se tratase de supuestos excepcionales en los que se produjera un “grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil”<sup>38</sup>.

La exención prevista en el referido artículo, que no hacía punible la esterilización acordada por órgano judicial, ha permitido la esterilización de miles de personas con discapacidad, lo que ha constituido una clara vulneración de los derechos humanos, por atentar directamente contra el artículo 23 de la CDPD y contra el Convenio de Estambul, que prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas, al tipificar como delito la práctica de cualquier “intervención quirúrgica que tenga por objeto poner fin a la capacidad de una mujer de reproducirse de modo natural sin su consentimiento previo e informado o sin su entendimiento del procedimiento”<sup>39</sup>.

Con el propósito de organizar los contenidos que se van a tratar en esta comunicación, seguiremos la estructura de la ley a la que hacemos referencia. Se inicia el preámbulo con una referencia a la CDPD, en concreto, al artículo 23, relativo al respeto del hogar y de la familia. Recordemos que la Convención fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 61/106, y que, sin lugar a dudas, marcó un hito al abordar la discapacidad desde un nuevo enfoque, el de los derechos humanos. El tratado fue ratificado por España a través del Instrumento de Ratificación de 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (han transcurrido más de 12 años desde su promulgación). Por hacer una breve remisión a la Convención, trataré de exponer algunos de los rasgos que considero fundamentales para reflexionar sobre el alcance de la LO 2/2020.

La Convención, tal y como se desprende de su artículo primero, tiene como propósito proteger y asegurar el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales de

---

<sup>36</sup> Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente, publicado en «BOE» núm. 328, de 17 de diciembre de 2020, páginas 115646 a 115649.

<sup>37</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

<sup>38</sup> Párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>39</sup> Artículo 39 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. «BOE» núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976.

todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Además, ha supuesto un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, evidenciando la superación del modelo médico rehabilitador, propio de legislaciones obsoletas que identificaban la discapacidad con la “enfermedad” del sujeto que la “padecía”. Por el contrario, apuesta por un modelo social que entiende la discapacidad como un problema donde las restricciones personales no tienen su origen en la deficiencia, sino en la propia sociedad que no tiene en cuenta la situación de estas personas y genera barreras que las excluyen y discriminan (López, 2020).

Para ajustarnos al tiempo previsto, me ocuparé únicamente de dos artículos de la CDPD, que resultan fundamentales para valorar el alcance de la ley que acaba de entrar en vigor.

a) Art. 12.2 CDPD

En el artículo 12.2 se establece la presunción de capacidad a favor de las personas con discapacidad, lo que impide que “las deficiencias puedan por sí mismas constituir excepciones justificadas a esta presunción general de plena capacidad jurídica” (López, 2020:119). De esta forma, el texto normativo prescinde de la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y opta simplemente por el término “capacidad”. El precepto insta a los Estados parte a reconocer la capacidad para obligarse de todas las personas mayores de edad, sin distinción por razón de discapacidad alguna. Y en el apartado tercero, ordena a los Estados a adoptar las medidas de apoyo necesarias para garantizar el ejercicio efectivo de la capacidad jurídica.

b) Art. 23 CDPD

En lo que se refiere al artículo 23, los Estados parte deben tomar medidas para poner fin a la discriminación de las personas con discapacidad en las cuestiones relacionadas con la familia. Para ello se reconoce el derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia, a tener acceso a información y educación sobre reproducción y planificación familiar, así como a que las personas con discapacidad mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones. De esta forma, las personas con discapacidad pueden elegir ser padres y madres de forma biológica, o acceder a la maternidad y paternidad a través de la adopción o de técnicas de reproducción asistida.

Bien, dos preceptos fundamentales sobre los que resulta necesario reflexionar. ¿Estamos ante el reconocimiento de nuevos derechos humanos? Un sector de la doctrina sostiene que en realidad la Convención no aporta grandes novedades, pues los derechos que reconoce ya gozaban de protección en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y en la propia Constitución Española de 1978 (López Barba, 2020). Es más, la propia Convención nos remite a otros tratados sobre derechos

humanos como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En definitiva, la principal novedad de la Convención no está en el reconocimiento de nuevos derechos, sino en el “mandato expreso a los Estados para que eliminen de sus regulaciones cualquier forma de discriminación basada en la discapacidad, para que esta circunstancia nunca pueda ser alegada con el fin de impedir el pleno disfrute o ejercicio de todos los derechos” (López Barba, 2020:15).

Una vez expuesto el marco normativo de referencia, debemos acudir a la realidad extrajurídica y ésta nos muestra que, pese a que la Convención forma parte de nuestro derecho interno desde el año 2008, en España se han practicado “más de un millar de esterilizaciones forzadas, la mayoría de ellas en mujeres”<sup>40</sup>. Según datos del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) solo en el año 2016 hubo 140 casos, “dándose 865 casos más entre los años 2005-2013”<sup>41</sup>. Práctica que evidencia la negación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al tiempo que las priva de derechos fundamentales como es el control de su salud sexual reproductiva, contraviniendo la Convención y los demás tratados de derechos humanos<sup>42</sup>. Dicha anomalía ha sido justificada por mitos tales como “el bien de la familia”, “la incapacidad de las mujeres con discapacidad para ser madres”, “por su bien”, e incluso “por el interés de la sociedad”, atentando directamente contra el artículo 23 de la Convención”<sup>43</sup>.

El Estado español tiene la obligación de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas con discapacidad a la igualdad y la no discriminación, absteniéndose de toda acción que discrimine a las personas con discapacidad. En particular, debe, y así lo hace con la LO 2/2020, derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra esas personas. En este contexto de implementación de la Convención al ordenamiento jurídico español se promulga la LO

---

<sup>40</sup> Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

<sup>41</sup> *Id.*

<sup>42</sup> Observación General nº1 (2014) del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad.

<sup>43</sup> Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

2/2020, con un único artículo que ordena la supresión del párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. No obstante, esto no es suficiente para erradicar las esterilizaciones forzadas. Por ello, en la disposición final tercera se insta a la necesaria adaptación normativa, que llevará al Gobierno a presentar a las Cortes Generales un proyecto de ley de modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Tal y como dispone la LO 2/2020, esta adaptación normativa tiene como objetivo:

*“reforzar que las personas con discapacidad que precisen de apoyos humanos y materiales, incluidos los tecnológicos, cuenten con la información necesaria y la documentación clínica en formatos, canales y soportes accesibles para que la decisión que adopten en su calidad de pacientes sea libre e informada, y para reforzar la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas con discapacidad”<sup>44</sup>.*

La Ley acaba de ser promulgada y no podemos pronunciarnos sobre cómo se llevará a cabo esta adaptación normativa. Sin embargo, se evidencia la necesidad de reflexionar sobre algunas de las observaciones del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, que deberían inspirar la requerida adaptación normativa, aunque en esta ocasión nos ocuparemos solamente del consentimiento informado.

#### **LA NECESARIA ADAPTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACIÓN.**

Nos detenemos en el consentimiento informado porque constituye el “centro referencial en torno al cual gravita la relación de los sujetos con el sistema de atención sanitaria” (Cadenas 2018:26 prólogo). Y porque tal y como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo estamos ante algo más que un mero formulario, tratándose de “un derecho bifásico en el que la información del profesional sanitario, aportada de una forma comprensible y adecuada, en el marco de un proceso de diálogo con el paciente, debe preceder a la prestación de su consentimiento” (Cadenas, 2018:26 prólogo). Si acudimos a su definición normativa, el consentimiento informado vendría a ser “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”<sup>45</sup>. En definitiva, constituye una de las manifestaciones

---

<sup>44</sup> Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

<sup>45</sup> Art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

más importantes de la autonomía de la voluntad y del reconocimiento de la capacidad jurídica.

El Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, anterior a la CDPD, regula en el artículo 6 la protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento<sup>46</sup>. A tal efecto establece que sólo podrá efectuarse una intervención cuando redunde en su beneficio directo. Para el caso de personas mayores con capacidad modificada judicialmente, requiere la autorización de su representante, autoridad, persona o institución designada por la ley. Sin embargo, “la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización” (art. 6).

Con una regulación más reciente y posterior a la CDPD, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, fija los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación<sup>47</sup>. Dicho precepto regula el otorgamiento de consentimiento por representación:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

En ambos casos, “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”<sup>48</sup>. En cuanto a la prestación del consentimiento, ésta será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre favoreciendo al paciente y respetando su dignidad personal<sup>49</sup>. Por su parte, el art. 9.5 establece que “el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Tras la modificación operada en 2011, de adaptación normativa de la CDPD, se añadió que “si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas

---

<sup>46</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm.251, de 20 de octubre de 1999, pp.36825 a 36830.

<sup>47</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Publicada en BOE núm. 274, de 15/11/2002. Se modificaron los apartados 3,4 y 5, y añadidos los apartados 6 y 7 por la disposición final 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. BOE-A-2015-8470.

<sup>48</sup> Art. 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>49</sup> Art. 9.7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”<sup>50</sup>. Sin embargo, no se modificó el sistema de sustitución por el representante legal, muestra de una situación confusa en la que el reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad no llega a ser plena y no alcanza a las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente (Andreu, 2017).

Como puede observarse, pese las modificaciones llevadas a cabo, la ley 41/2002 no es acorde con los postulados de la CDPD. Por ello, la necesaria adaptación de este artículo a la CDPD y a la LO2/2020, discurre por permitir una mayor autonomía y garantizar los sistemas de apoyo para la adopción de decisiones, que no deben regular en exceso la vida de las personas con discapacidad. Es por ello que debe asegurarse el cumplimiento del art. 12 de la CDPD en las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, incluidas las formas más intensas, que deben estar basadas en la “voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”<sup>51</sup>. También debería incluirse un mecanismo para la comprobación de la identidad de la persona encargada de prestar el apoyo, así como para que su decisión pueda ser impugnada “si no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida”<sup>52</sup>. Por último, resulta imprescindible garantizar que el apoyo en la adopción de decisiones no se utilice como justificación para limitar otros derechos fundamentales, como sería el caso de los derechos reproductivos en el caso de las esterilizaciones.

Finalmente, traemos aquí la Observación General nº 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, para recordar que los Estados parte en la CDPD tienen el deber de adoptar medidas jurídicas, políticas, administrativas y también educativas, para hacer efectivos los derechos de las mujeres con discapacidad. También comprende el deber de promover la formación de profesionales del sector de la justicia orientados a los recursos disponibles para mujeres con discapacidad víctimas de violencia, que debería ser extensible al personal sanitario para conocer si el consentimiento prestado, sea o no por representación, respeta la voluntad de la persona con discapacidad.

## CONCLUSIONES

El reconocimiento de la capacidad jurídica universal (art. 12 CDPD) conlleva no solo un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, sino la necesaria adaptación

---

<sup>50</sup> Modificación operada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>51</sup> Observación general nº 1 del Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad.

<sup>52</sup> *Id.*



de nuestro ordenamiento interno a los postulados de la Convención. La LO 2/2020 constituye, en este proceso de implementación, un logro histórico para la salud sexual y reproductiva de las mujeres y niñas con discapacidad, pero requiere de una adecuada adaptación de la ley 41/2002, que garantice los apoyos necesarios para la manifestación del consentimiento informado de personas con discapacidad (tengan o no modificada la capacidad judicialmente), que esperemos, no se demore en el tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> Belén, 2017. Autonomía de la mujer, discapacidad y derechos reproductivos, en TORRES GARCÍA, Teodora, *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp.21-36. ISBN. 9788491193937.

CADENAS OSUNA, Davinia, 2018. *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*. Madrid: Colección de Derecho Privado, Boletín Oficial del Estado. ISBN 9788434024786.

LÓPEZ BARBA, Elena, 2020. Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio. Madrid: Dykinson. ISBN: 9788413248646.

LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, 2020. El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad". *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, 2, pp.111-138. ISSN 1698-739X.